

# A Locação do Imóvel Urbano e seus Novos Modelos

Sylvio Capanema

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.*

*Professor da EMERJ. Advogado.*

As aceleradas e profundas transformações econômicas que vivemos, especialmente no campo do mercado imobiliário, estão a exigir maior dose de criatividade de todos os que nele atuam, nos seus diversos segmentos.

Os modelos tradicionais de compra e venda e locação já não são suficientes; daí surgirem novas relações, atípicas, a merecer cuidadoso estudo quanto à sua natureza jurídica e disciplina.

Quando da elaboração do projeto da atual Lei do Inquilinato, na década de 90, já enfrentamos este desafio, em relação à locação de espaços em *shopping centers*, que começavam a surgir no perfil urbano.

Depois de intensas vacilações doutrinárias e pretorianas, em que se discutiu se o contrato entre o empreendedor e o lojista seria de locação, decidiu-se, com acerto, subsumi-lo ao regime da Lei 8.245/91, ainda que respeitando eventuais cláusulas atípicas, ajustadas entre as partes, como, por exemplo, o aluguel percentual, o 13º aluguel, em dezembro, e o respeito ao ***tenant mix***.

Esta solução garantiu aos lojistas o ajuizamento de ação renovatória para preservar seu fundo comercial, caso não se lograsse um acordo quanto ao valor do novo aluguel, quando expirado o prazo do contrato.

Mas, por outro lado, também se transmitiu ao empreendedor a certeza de que o seu investimento contaria com justa remuneração, atualizada a cada quinquênio, para que sempre se mantivesse o aluguel a nível de mercado, o que permitiu a consolidação e o

explosivo crescimento dos *shoppings*, hoje integrados aos perfis de quase todas as cidades brasileiras.

O razoável equilíbrio da equação econômica do contrato, que a lei procurou estabelecer, bem como a estabilidade jurídica que seus dezoito anos de vida proporcionou, produziram o milagre de pacificar um mercado que era o mais tumultuado e nervoso, na década dos anos 80.

Para isto também contribuíram, e muito, as corajosas soluções encontradas pela Lei 8.245/91, visando a aceleração da entrega da prestação jurisdicional nas ações locatícias, cuja exasperante demora acirrava, ainda mais, os ânimos de locadores e locatários.

A lei do inquilinato, com o seu compromisso com o princípio da efetividade do processo, foi premonitória, abrindo as trilhas por onde, poucos anos depois, passaram as reformas do Código de Processo Civil.

Mas os dezoito anos de vida, como é óbvio, deixaram suas marcas, percebendo-se a imperiosa necessidade de corrigir alguns rumos, para aperfeiçoar ainda mais os procedimentos a serem adotados nas ações locatícias, tornando-as mais ágeis e efetivas.

Isto explica o oportuno advento da Lei 12.112/09, que criou novos e poderosos mecanismos processuais, para abreviar a solução dos conflitos locatícios.

Não é dela, entretanto, que nos ocuparemos, em que pese sua extraordinária importância para o mercado imobiliário.

Hipóteses bem mais intrincadas vão surgindo agora, para as quais o regime da Lei do Inquilinato não nos dá respostas adequadas e eficientes, mesmo com as modificações trazidas, em boa hora, pela Lei 12.112/09.

Uma delas seria o que se denomina, no mercado, de *built to suit*, em que se conjugam as participações do vendedor de um terreno, um pretendente à locação futura, uma imobiliária, que pode acumular a função de construtora e investidores ou agentes financeiros.

Dentro deste esquema, altamente sofisticado e atípico, uma empreendedora adquire um imóvel, com ou sem financiamento,

realiza por si ou por terceiros por ela contratados, a construção em estrita obediência à orientação da futura locatária, e, concluída a obra, cede à ela o uso do imóvel, por determinado tempo e aluguel previamente ajustado.

Em que pese a aparente semelhança, não se trata de mero arrendamento mercantil, em que se aluga um imóvel, assegurando-se ao locatário o direito potestativo de, ao final do prazo, e caso lhe convenha, adquirir o bem, por um valor residual, previamente avençado.

No modelo ora examinado existe uma promessa de locação de um imóvel preparado e construído seguindo as especificações do futuro inquilino e para atender às suas necessidades específicas.

Para o empreendedor há uma evidente vantagem, que é a de assegurar, por um tempo geralmente longo, o retorno do investimento, traduzido pelos futuros aluguéis, além do próprio imóvel, que passa a lhe pertencer.

Como se não bastasse, e em se tratando de considerável investimento, não corre o empreendedor o risco de permanecer o imóvel desocupado, após a conclusão das obras, o que importaria em ter que arcar com pagamento de impostos e taxas, além das despesas de conservação.

A garantia de locação imediata estimula a construção de imóveis cada vez maiores ou de características peculiares.

Para o locatário, o benefício ainda é mais evidente, qual seja, o de não precisar se descapitalizar, adquirindo um imóvel ou tendo de construí-lo, e ainda mais com a certeza de que ele atenderá às suas necessidades e às peculiaridades da atividade econômica que nele desenvolverá.

Mas há um perigo evidente, como se verá, caso se submeta o contrato ao regime da Lei do Inquilinato.

O primeiro que vislumbramos está na regra inscrita no artigo 4º da Lei 8.245/91, que assegura ao locatário o direito de denunciar, antecipadamente o contrato, devolvendo o imóvel ao locador, desde que pague a multa nele prevista, ou, na sua falta, a que vier a ser arbitrada judicialmente.

A praxe do mercado e da construção pretoriana é que esta multa não deve ser superior a três meses de aluguel, e, ainda assim, terá que ser reduzida, proporcionalmente ao tempo do contrato já cumprido, segundo a regra do artigo 413 do Código Civil. Acima deste valor, a jurisprudência consolidada considera a cláusula penal abusiva, a exigir redução.

Daí se depreende que se o locatário valer-se deste direito, devolvendo o imóvel sem que tenha decorrido um prazo razoável para o retorno do investimento do empreendedor, a multa não ressarciria o prejuízo, até porque o imóvel pode não se prestar às necessidades de outros interessados, permanecendo ocioso, com a incidência de impostos e taxas, como acima referido.

Não será difícil perceber que, nestes casos, seria preciso afastar a regra do citado artigo 4º, para admitir a cominação de multa que atenda à peculiaridade deste novo tipo de contrato, como, por exemplo, a metade dos aluguéis dos meses que faltam para o término do prazo, ou até mesmo a totalidade, como previa o Código Civil de 1916.

A devolução do imóvel, em pleno curso do contrato, tiraria do empreendedor-construtor o maior atrativo do negócio, que é a certeza da percepção dos aluguéis, pelo prazo necessário ao retorno do capital investido.

Outra relevante questão é a da possibilidade do ajuizamento da ação revisional de aluguel, por iniciativa do locatário, após três anos de vigência do contrato. A eventual redução do aluguel poderá romper a equação econômica do contrato, que é das mais sensíveis e complexas, tendo em vista o considerável investimento realizado pelo empreendedor.

Para evitar esta possibilidade, deverão a doutrina e a jurisprudência validar uma cláusula contratual em que as partes renunciem ao direito de pedir a revisão, para que se preserve a sua equação econômica, originalmente construída.

Como se vê, no sistema *built to suit*, e enquanto não se atribuir a este contrato uma disciplina legal, deve-se reforçar o princípio da autonomia privada, para que as partes possam estabelecer, de maneira minuciosa, as suas condições, afrouxando-se

o dirigismo contratual que se vislumbra na Lei do Inquilinato, embora sem deixar de considerar os princípios da boa-fé e da função social.

Uma solução emergencial seria aprovar e sancionar o Projeto de Lei nº 6.562/09, que visa acrescentar à Lei 8.245/91 o artigo 76-A, com a seguinte redação:

*Artigo 76 A - Não se aplicam as disposições desta lei aos contratos em que a locação decorre de operação em que a contratada adquire ou constrói, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pela contratante e cede a ela o uso do imóvel por tempo determinado (**built to suit**), salvo se as partes expressamente dispuserem em contrário.*

O fato inconteste é que não se poderá tratar esta nova modalidade de negócio jurídico, com alto grau de atipicidade, com as mesmas regras até então praticadas em relação à locação comum.

Também será preciso que os juízes mitiguem a regra genérica do artigo 45 da Lei 8.245/91, que fulmina de nulidade as cláusulas que visem elidir os objetivos da lei, tratando o sistema **built to suit** com os olhos sempre voltados para suas peculiaridades, pelo menos até que se possa atribuir-lhe uma disciplina legal própria.

Temos certeza de que este novo modelo poderá alavancar o mercado, incentivando a construção civil e a atividade comercial e industrial, em benefício de toda a sociedade.

Outra esperança de crescimento do mercado da construção civil e de locação são os Fundos Imobiliários, que se destinam ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, tais como a construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, e de projetos que viabilizem a sua locação, instituídos pela Lei 8.668/93, regulamentada pela Instrução CVM 472/08.

Estes fundos asseguram isenção de Imposto de Renda para as pessoas jurídicas que os integrem, e também para as pessoas naturais, desde que, para estas, as cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado.

Também se exige que o Fundo possua, no mínimo, 50 cotistas.

Inúmeras vantagens se oferecem ao investidor, tais como rentabilidade, liquidez, baixa taxa de administração, investimento inicial reduzido e fiscalização permanente a cargo da Comissão de Valores Mobiliários.

Segundo recentes informações da CVM, já há em funcionamento 86 Fundos, com 5 bilhões e 300 milhões de Reais de patrimônio líquido, e 9 bilhões e meio em ativos.

Este sistema autoriza a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários-CRI's, o que é da competência exclusiva das companhias securitizadoras, dos quais podem servir de lastro aluguéis de *shoppings centers* e aluguéis comerciais, especialmente os decorrentes de operações estruturadas pelo sistema ***built to suit***.

Ao tratar, ainda que em breve análise, das perspectivas e desafios do mercado imobiliário e de seus novos modelos, podemos ainda aludir ao direito de superfície, disciplinado no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002.

Através deste novo direito real, que substitui com vantagem a vetusta enfiteuse, o proprietário de um terreno urbano ocioso, sem qualquer aproveitamento econômico, pode ceder a terceiro, pessoa natural ou jurídica, a sua superfície, para que o superficiário nela construa, por um certo tempo determinado, findo o qual as acessões feitas passarão ao proprietário do terreno, sem direito a indenização.

Dependendo do prazo avençado, que há de ser necessariamente longo, o superficiário poderá construir unidades habitacionais para alugá-las, de tal maneira que, expirado o contrato e retornando o domínio ao proprietário do imóvel, os aluguéis recebidos sejam suficientes para ressarcir o superficiário quanto ao valor das acessões por ele feitas, e ainda lhe garantir margem de lucro razoável.

Neste caso, o locador será o superficiário, titular da posse direta da superfície do imóvel, que estará legitimado para firmar os contratos, receber os aluguéis e, eventualmente despejar os locatários.

Expirado o prazo da superfície, o proprietário, a nosso aviso, poderá denunciar a locação, invocando, por analogia, a regra dos

artigos 7º e 8º da Lei 8.245/91, salvo se tiver anuído expressamente com o contrato.

Não será difícil perceber que o uso da superfície poderá, quando melhor conhecido pela sociedade, modificar profundamente o perfil das cidades, permitindo o aproveitamento econômico de tantos imóveis que são mantidos vazios, aumentando, portanto, a oferta de unidades para locação, com a consequente redução do valor dos aluguéis.

Finalmente não podemos nos esquecer da “venda-locação” (*sale and lease back*), em que o proprietário de um imóvel o vende, ajustando-se, no mesmo ato, a sua locação, figurando como locador o adquirente e como locatário o antigo proprietário.

Opera-se, assim, uma interversão da posse, o que permite ao anterior titular do domínio capitalizar-se.

Há poucos anos, um conhecido e poderoso estabelecimento bancário publicou editais, oferecendo à venda centenas de imóveis seus, em diversas cidades brasileiras, onde estavam instaladas suas agências, propondo, imediatamente, alugá-los, passando os adquirentes a ser seus locadores.

Em todos estes casos o prazo avençado para a locação era bastante longo, quase sempre de vinte anos, e se inseria uma cláusula segundo a qual o adquirente-locador renunciava ao direito de ajuizar ação revisional, para aumentar o locativo, até o término do contrato.

Sustentava o alienante que, em compensação pela renúncia, o prazo da venda era abaixo do mercado, além do que o adquirente teria a garantia de contar com um locatário que lhe pagaria os aluguéis pontualmente, durante toda a vida do contrato.

Ocorre que, com o passar dos anos, e em muitos casos, se apurou que as correções pelos índices oficiais se mostraram insuficientes para manter o aluguel a nível de mercado, ficando eles defasados, o que traduziria um enriquecimento indevido do locatário.

A discussão já desaguou nos tribunais, ainda não se tendo firmado uma posição majoritária.

Quanto à nós, entendemos que esta cláusula, representando uma renúncia prévia, com duração média de vinte anos,

não pode se sobrepor à teoria da onerosidade excessiva superveniente.

Uma vez comprovado, através de perícia técnica, que se rompeu a equação econômica do contrato, é justo e imperioso que se restaure a comutatividade inaugural.

A cláusula nos parece abusiva, contrária ao princípio da boa-fé objetiva, representando uma renúncia prévia a um direito inerente à natureza do contrato, o que é fulminado pelo artigo 45 da Lei 8.245/91.

Nem se invoque em favor do locatário, que, neste caso, dispensa proteção especial, já que mais forte economicamente do que o locador, o princípio do *pacta sunt servanda*, tendo em vista que está ele mitigado pelos novos paradigmas da boa-fé objetiva e da função social, que exigem que durante toda a vida do contrato se mantenha ele razoavelmente equilibrado.

Como se vê, grandes desafios já se apresentam, no campo da locação imobiliária, a exigir profundas reflexões.

Ainda que breves, esperamos que estes comentários, feitos muito mais para provocar o debate e espicaçar a criatividade, contribuam para o desenvolvimento do mercado, que está a exigir novas soluções, capazes de acompanhar as mudanças econômicas e o crescimento explosivo das cidades. 